

**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA ACADEMICA PROFESIONAL DE**  
**DERECHO**



**“LA NECESIDAD DE REGULAR LA OVODONACIÓN  
COMO TECNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA”**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE:  
ABOGADO**

**AUTOR:**

**CORDOVA CENA, DAYKI MINERVA**

**ASESOR**

**Dr. REMIGIO ROJAS ESPINOZA**

**LINEA DE INVESTIGACION**

**DERECHO GENETICO-FAMILIA**

**LIMA-PERU**

**2013**

### **DEDICATORIA:**

Este trabajo de investigación está dedicado a  
mis padres que siempre me han apoyado.

### **AGRADECIMIENTO:**

A mis asesores que permitieron el desarrollo de esta tesis y amigos por su apoyo constante.

## **PRESENTACION**

El presente trabajo tiene como objetivo obtener el título profesional de derecho, y realizar un aporte en el derecho de familia, derechos del niño y derecho genético, referente a la filiación y la donación de óvulos, una de las características del derecho es ser dinámico, surgiendo la necesidad de modificarse por los avances biotecnológicos, científicos, sociales, y culturales que surgen, el derecho no puede permanecer estático sin ninguna renovación al transcurrir los años, se tiene que tener presente que de los distintos acontecimientos que se presentar en la realidad, van a generar conductas nuevas, relacionadas con el derecho, dando inicio a situaciones jurídicas que generan problemas o incertidumbre en las normas, las cuales también tienen que irse innovando, por lo mismo un problema que ha comenzado a iniciarse quizás no a la brevedad posible, y no sean partícipes la gran mayoría de ciudadanos, pero que tiene un impacto es la donación de óvulos, o también llamada ovodonación la cual no ha sido tomada en cuenta por los legisladores peruanos siendo ya hoy, materia de debate por distintos grupos de estudio científico y jurídico, por tanto esta variante de las técnicas de reproducción asistida vendrá a ser tocada en mi investigación en la cual lo sustentare de manera fáctica y académica.

## INDICE GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPITULO I .....</b>	<b>12</b>
<b>PROBLEMA DE INVESTIGACION.....</b>	<b>12</b>
1. PROBLEMA DE INVESTIGACION .....	13
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	15
1.2.1 Problema General .....	15
1.2.2 Problemas Específicos .....	15
1.3 JUSTIFICACIÓN.....	16
1.3.1. Justificación Práctica .....	16
1.3.2. Justificación Teórica.....	16
1.3.3. Justificación Legal.....	17
1.3.4. Justificación metodológica .....	17
1.4 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	18
1.5 OBJETIVOS.....	25
1.5.1. General.....	25
1.5.2. Específicos.....	25
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>26</b>
<b>MARCO REFERENCIAL .....</b>	<b>26</b>
2. MARCO REFERENCIAL.....	27
2.1 MARCO TEORICO .....	27
2.1.1. La Maternidad Subrogada.....	27
2.1.2. La Maternidad Subrogada en la Ley General de Salud .....	27
2.1.3 La regulación de la ovodonación en el Perú.....	28
2.1.4 La cuestión de la ovodonación .....	29
2.1.5 La Filiación en la Maternidad Subrogada.....	30
2.1.6 Principios básicos de la Filiación: .....	31
2.2 MARCO HISTÒRICO .....	32
2.3. MARCO NORMATIVO.....	32
2.4 BASES TEÓRICAS – DOCTRINARIAS .....	34
2.4.1 Teoría del Utilitarismo.....	34
2.4.2 Teoría de la Intención .....	34
2.4.3 Teoría del mejor Interés del Menor .....	35
2.4.4 Principio del Interés Superior del Niño .....	35
2.4.5 Principio de <i>mater semper certa est</i> .....	36
2.5 MARCO CONCEPTUAL.....	37
2.5.1. Técnicas de Reproducción Asistida (Teras) .....	38
2.5.2. La Ovodonación.....	38
2.5.3. La Filiación .....	39
2.5.4. Vacío Normativo .....	39
2.5.5. Principio del Interés Superior del Niño .....	41

<b>CAPITULO III</b>	
<b>MARCO METODOLOGICO .....</b>	<b>42</b>
3. MARCO METODOLOGICO .....	43
3.1 HIPÓTESIS .....	43
3.1.1. Hipótesis General .....	43
3.1.2. Hipótesis Específicas .....	43
3.2 DEFINICIÓN CONCEPTUAL.....	44
3.3 DEFINICIÓN OPERACIONAL .....	46
3.4 INDICADORES .....	49
3.5 METODOLOGÍA .....	49
3.6 TIPO DE ESTUDIO.....	50
3.7 POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO.....	52
3.8 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	53
3.9 TÉCNICAS Y INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	55
3.10 MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS .....	57
 <b>CAPITULO III .....</b>	 <b>58</b>
<b>RESULTADOS .....</b>	<b>58</b>
4. RESULTADOS .....	59
4.1 ANALISIS DE FUENTE DOCUMENTAL .....	59
4.2 ENTREVISTA DE PROFUNDIDAD .....	62
4.3 ENCUESTAS .....	68
4.4 MARCO NORMATIVO .....	78
4.5 MARCO COMPARADO.....	82
4.6 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA .....	86
4.7 PRUEBA DE LA HIPÓTESIS.....	88
 5. DISCUSIÓN .....	 91
6. CONCLUSIONES .....	93
7. SUGERENCIAS .....	94
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	95
9. ANEXOS .....	97

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se pretende desarrollar, el tema de la reproducción asistida, enfocándonos en la ovodonación, la cual se presenta como un vacío legal (*laguna del derecho*), ya que no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico peruano, y por tanto denota en muchas deficiencias al momento de establecer la filiación con el nacido, sin embargo es necesario establecer conceptos básicos, para explicar la investigación, y sustentar la tesis, la ovodonación, va ser una técnica de reproducción asistida, in vitro, heteróloga o supraconyugal, ya que esta va ser manipulada fuera del cuerpo de la madre, y para que se materialice la fecundación va ser necesario la donación de un ovulo de una tercera persona o cedente, esta técnica trata de la donación de óvulos a una mujer que va llevar la gestación pero que no va a aportar con la genética del bebe, ya que no aporta los óvulos, en el Perú, según el Código Civil, y la doctrina comparada prevalece en concuerdan con reconocer la filiación partiendo del parto y por ende se determina la maternidad legal sobre dicha mujer por el principio de *mater semper certa est*, la cual reconoce como madre a la mujer que da a luz al recién nacido, quedando en tela de juicio otras clases de maternidad subrogada, en el caso de esta variante de fecundación in vitro, la problemática surge cuando una persona impugna dicha filiación, que en todo caso no sería considerada problema sino no llega por el impulso de otra persona, ya que la persona que demanda rechaza el reconocimiento madre legal ya que contrapone a la ley, e incluso señalarla de ilegal por no estar expresamente en una norma. Impugnándose la calidad de madre legal, generando conflictos al momento de establecer la maternidad, ya que dicho derecho queda desprotegido al no establecerse en una norma de manera taxativa la condición de madre legal reconocida normativamente, al haber muchos detractores sobre la reproducción asistida, la solución que se viene dando hasta el momento sobre este tema en la aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, respecto a la función integradora del juez, en la cual señala que el juez no puede dejar de aplicar el derecho por deficiencia de la norma. Por tanto queda a criterios de los operadores judiciales, creándose inseguridad jurídica al nacido, iniciando una afectación al interés superior del niño.

## ABSTRACT

In the present research is to develop, the issue of assisted reproduction, focusing on egg donation, which is presented as a loophole, since it is not regulated in the Peruvian legal system, and therefore denotes many deficiencies at the time of establishing filiation with the minor, however is necessary to establish basic concepts to explain the research, and sustain the thesis, egg donation, will be a reproduction technique assisted, in vitro heterologous, that will be manipulated outside the mother's body, and so that materializes the fertilization will be necessary the donation of an egg of a third person, as well egg donation, egg donation is a woman that will lead gestation but that will not bring with genetics of the baby Since it does not with eggs, in Peru, according to the civil code, and other countries agree with recognize motherhood and therefore sonship on the basis of the principle *mater certa est cemper*, which recognizes as a mother to the woman who gives birth to the newborn, leaving into question other kinds of surrogate motherhood, in the case of this variant of in vitro fertilization, the problem arises when a person contests the filiations which in any case would be not considered problem but does not urge of another person, since the person who demands rejects the legal mother recognition since it is opposed to the law, and even point to it illegal for not being expressly in a rule. Challenging the quality of legal mother, generating conflicts at the time of establishing maternity, since that right is unprotected in not establishing a standard exhaustively mother's condition legal recognized normatively, There are many detractors on assisted reproduction, the solution that has been going so far on this issue in the implementation of article VIII, with regard to the integrative function of the judge, which States that the judge may not apply the right standard deficiency. Therefore it is a criterion of judicial operators, creating legal uncertainty to the born, initiating an affectation to the best interests of the child.



## INTRODUCCIÓN

En el Perú no existe una Ley ni un Reglamento que vele por los derechos de las personas infértiles, sin embargo esta realidad nos conlleva a realizar una investigación referente a la afectación que genera la única norma que regula el tema de la reproducción asistida, de aquellas mujeres que se someten al tratamiento de la ovodonación o donación de óvulos a efectos de contrarrestar este problema, este estudio va comprender a aquellas mujeres que ven impugnada su maternidad al descubrirse que no son las madres genéticas, determinándose de qué manera se afecta el derecho de esta madre gestante y el nacido, la investigación muestra como la falta de regulación en la ovodonación, genera desprotección en la filiación materna, así mismo nos encontramos con la Ley de Salud Pública, Ley N° 26842, resultando limitada ya que no abarca las distintas clases de infertilidad, ni brinda soluciones al momento de establecerse conflictos jurídicos, resultando discriminatoria con las mujeres infértiles que no producen óvulos, Además de quedarse desprotegidas ante una demanda por derechos de filiación, sucesión, entre otras aspectos. Estas mujeres ven sus derechos transgredidos ya que según el artículo 7, aparentemente no permitiría la donación de óvulos.

El presente trabajo engloba la problemática respecto a la forma de la aplicación del artículo 7 de la Ley de Salud Pública en nuestro marco jurídico, ya que esta norma está generando inseguridad jurídica a la mujer sometida al tratamiento de ovodonación y al menor producto de este procedimiento, en la cual también se ve vulnerado el principio del interés superior del niño, por cuanto al verse una madre desprotegida, y que supuestamente se debería encargar de su protección en esta norma que regula las técnicas de reproducción asistida, crea un vacío jurídico referente al tema, ya que esta regula de manera expresa lo siguiente “ siempre y cuando recaiga sobre la misma mujer que sea madre gestante y madre genética ”, esta afirmación no se ve cumplida en el caso de la ovodonación, por el hecho de no darle valor a la calidad de madre legal por no encontrarse regulada en nuestra legislación, ya que no cumple con el supuesto de la norma, por no haber producido los óvulos, de tal manera no le da el derecho que expresa la norma de ser también la madre genética, y ante esto, el menor pierde su identidad, al no tener un vínculo con esta persona, perdiendo así mismo seguridad jurídica respecto a sus derechos.

Empezaremos enfocando el problema de investigación determinando perfectamente los problemas que involucran su ocurrencia en la realidad, tanto de manera general, como específica. Para este aspecto: tenemos que determinar Los efectos limitantes del artículo 7 de la Ley 26842, (Ley de Salud Pública), asimismo determinar porque al no está establecida, aparentemente se genera la prohibición de la donación de óvulos pero por que se permite la donación de esperma en el caso de los hombres, esto revela una discriminación de sexos por parte del legislador. Además determinar los efectos contrarios que produce el artículo 7 de la Ley de Salud Pública, provocando inseguridad en los derechos del menor respecto a su filiación, a contar con una familia, derecho a tener un nombre y la desprotección total al principio del interés superior del niño.

La investigación se validara, dando la respuesta a nuestra hipótesis general de que se necesita regular la ovodonación como técnica de reproducción asistida y hipótesis específicas sobre que se genera una afectación de la filiación entre la madre gestante y la madre genética, siendo lesiva contra los derechos de la mujer y la vulneración de los derechos del niño, además demostrándose que el vacío de la norma respecto a las técnicas de reproducción asistida, y que este falta de legislación transgrede derechos.

A través de nuestro marco metodológico iremos demostrando las distintas técnicas de investigación utilizadas, teorías, conceptos, normas entre otros que permiten respaldar la investigación y como se desarrollara el tema, delimitado ya en la formulación del problema, que ya adelante se encuentra en el espacio del Derecho de familia, derecho del niño, derecho genético y el derecho constitucional.

Posteriormente, ya en nuestro último capítulo, examinaremos los resultados a fin de determinar la hipótesis y variables a desarrollar propiamente en la elaboración de la tesis. Paso importante y motivo esencial de este trabajo es determinar los lineamientos observados en este capítulo, ya que de ello depende la validez del proyecto.

Finalmente deseo mencionar que mi propósito es ayudar a la masa considerable de mujeres infértiles que recurren a la ovodonación o donación de óvulos para ser madres, por tanto a través de esta investigación se propone legislar el tema que resultan injustos,

inclinados – a establecer la filiación respecto a lo que estrictamente es el Código Civil, y aplicando la única norma que regula las técnicas de reproducción asistida.